

Stephan Fehrentz

**Rechtliche Grenzen
von Privatisierungen
im Strafvollzug**

**Unter besonderer Beachtung des
Gesetzes über elektronische Aufsicht
im Vollzug der Freiheitsstrafe**

Erstes Kapitel: Grundlagen

A. Einleitung

Die teilweise private Wahrnehmung des Strafvollzugs ist im Ausland mittlerweile zum Alltag geworden. Auch in Deutschland hielt die Diskussion um Privatisierungspotentiale auf diesem Gebiet Ende des letzten Jahrhunderts Einzug.¹ Die Errichtung von Anstalten durch Private mit anschließender Vermietung oder Veräußerung an den Staat wird seit 1996 praktiziert,² wirft jedoch allenfalls haushaltsrechtliche Probleme auf, sofern die Sicherheitsvorgaben erfüllt werden,³ und ist deshalb nicht Gegenstand der vorliegenden Betrachtung. Weitaus interessanter ist die Frage, ob die vollständige oder teilweise Ausführung des Vollzuges durch Private in Betracht kommt. Dabei sind zwei Aspekte strikt voneinander zu trennen. Einerseits die rechtspolitische Frage, inwieweit eine Privatisierung dieses Sektors wünschenswert ist. Andererseits die Herausarbeitung des rechtlichen Rahmens, der sich für solche Vorhaben aus den einschlägigen Artikeln des Grundgesetzes und den einfachgesetzlichen Normen ergibt. Beide Punkte sind gleichermaßen umstritten. Die Verwaltungspraxis hat die in der Literatur geführte Diskussion indes teilweise überholt. Private werden mittlerweile in verschiedensten Ausprägungen in die Durchführung des Strafvollzugs eingebunden. Dies reicht von punktuellen, vereinzelt Heranziehungen bis zum Betrieb ganzer teilprivatisierter Vollzugsanstalten. Die erste Anstalt in Deutschland wurde erst im Jahr 2005 teilprivatisiert. Der Bereich hat somit lediglich eine kurze praktische Entwicklungsphase durchlaufen. Die Umsetzung fand jedoch so großen Anklang, dass weitere vergleichbare Anstalten folgten und in Planung sind, weshalb eine hohe praktische Relevanz besteht. Zusätzlich zu diesen im regulären Vollzug stattfindenden Maßnahmen wurde im Jahr 2009 in Baden-Württemberg ein Gesetz erlassen, das erstmals eine elektronische Aufsicht im Strafvollzug ermöglicht und dabei weite Privatisierungsmöglichkeiten vorsieht.

1 Beispiele für eine frühe Auseinandersetzung mit dem Thema finden sich etwa bei *Haneberg*, ZfStrVo 1993, 289 und *Pollähne*, ZfStrVo 1994, 131.

2 *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 45.

3 *Wydra*, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (StVollzG), § 155 Rn. 2; *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (428); *Arloth*, ZfStrVo 2002, 3 (4); Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 7.

In der vorliegenden Arbeit werden – von einem rechtspolitisch möglichst neutralen Standpunkt aus – die rechtlichen Kriterien dargestellt, an denen sich die geplanten und bereits durchgeführten Vorhaben messen lassen müssen.

B. Gang der Untersuchung

In diesem ersten Kapitel erfolgt mit der Klärung des Privatisierungsbegriffs und der Darstellung der momentan herrschenden Verwaltungspraxis eine Darlegung der Grundlagen. Anschließend werden im zweiten Kapitel die rechtlichen Grenzen von Privatisierungsvorhaben dargelegt. Im Mittelpunkt stehen dabei die Regelungen des Grundgesetzes wie das staatliche Gewaltmonopol, das Demokratieprinzip und insbesondere Art. 33 IV GG. Zudem erfolgt eine exemplarische Betrachtung der Landesverfassungen derjenigen Länder, die als erste eigene Strafvollzugsgesetze geschaffen haben, und der entsprechenden einfachgesetzlichen Regelungen, hinsichtlich ihrer Klassifizierung als Privatisierungsschranke. Die Untersuchung thematisiert dabei die Zulässigkeit von verschiedenen Privatisierungsvarianten, angefangen bei punktuellen Aufgabenübertragungen über den Betrieb vollständig privatisierter Anstalten bis hin zur völligen Privatisierung des gesamten Strafvollzugs. Das dritte Kapitel enthält eine ausführliche Betrachtung des baden-württembergischen *Gesetzes über elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe* hinsichtlich Entstehungsgeschichte, Anwendungsbereich, Regelungsgehalt und insbesondere der Privatisierungsproblematik. Das 2009 erlassene Gesetz sieht erstmals in Deutschland eine elektronische Überwachung im Strafvollzug vor und eröffnet umfangreiche Privatisierungsmöglichkeiten.

C. Aktuelle Situation in der Verwaltungspraxis

Am 7. Dezember 2005 wurde im osthessischen Hünfeld die erste teilprivatisierte Justizvollzugsanstalt eingeweiht⁴ und nahm am 2. Januar 2006 den Echtbetrieb auf.⁵ Durch die Schaffung von 502 Haftplätzen konnte die Überbelegungssituation in Hessen stark gemindert werden.⁶ In der Anstalt sind 115 staatliche Bedienstete und 102 Angestellte eines privaten Unternehmens beschäftigt.⁷ Bei der

4 Laubenthal, Strafvollzug, Rn. 46.

5 Päckert, FS 2007, 217 (221).

6 Banzer, FS 2007, 199 (199); Päckert, FS 2007, 217 (217).

7 Stand September 2007: Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 44; Banzer, FS 2007, 199 (199); Päckert, FS 2007, 217 (220).

Planung angestrebt⁸ und später auch erreicht⁹ wurde eine private Aufgabenerfüllung in Höhe von 45 % am Gesamtvolumen aller anfallenden Tätigkeiten. Privat wahrgenommen werden Organisation und Betrieb der Werkstätten, Akquisition von Unternehmensbetrieben, Organisation und Durchführung des Gefangeneinkaufs, Wartung und Instandhaltung der technischen Anlagen, Reinigungsarbeiten, Führung der Gefangenenbücherei, Rechnungswesen, Versorgungswesen, Schreibdienst, Telefonzentrale, Poststelle, Führung der Betriebskantine, medizinische Versorgung, psychologische, pädagogische und sozialarbeiterische Betreuung, Drogen-, Ausländer-, Schuldnerberatung, Organisation und Durchführung von Freizeitveranstaltungen und Sportmöglichkeiten, Arbeitstherapie, schulische und berufliche Bildung.¹⁰ Angestrebt wurde eine Kosteneinsparung von bis zu 15 % (660.000 € p.a.) gegenüber einer rein staatlichen Einrichtung.¹¹

Weitere ähnliche Anstalten wurden im badischen Offenburg und in Burg bei Magdeburg in Betrieb genommen:

Mit dem Bau der JVA Offenburg wurden 440 Haftplätze und 60 Plätze für sozialtherapeutische Maßnahmen geschaffen.¹² Die Anstalt ging am 1. Juni 2009 in Betrieb.¹³ Die dort privatisierten Bereiche umfassen die gesamte ständige Beschäftigung für 230 Gefangene, das Gebäude-, Versorgungs- und Betreuungsmanagement, die Durchführung von schulischen und beruflichen Ausbildungsmaßnahmen, Teile des Bewachungsmanagements sowie einige Hilfstätigkeiten. Insgesamt sollen 40 % der Gesamtaufgaben in der Anstalt von einem privaten Dienstleister übernommen werden.¹⁴

Die JVA Burg bietet 650 Haftplätze¹⁵ und wurde am 30. April 2009 vom privaten Bauherren an das Land übergeben. Folgende Tätigkeiten werden dabei von privater Seite übernommen: Verpflegungswesen, Reinigungs-/Entsorgungswesen, technische Wartung und Betreuung, Kraftfahrhilfsdienste, Fuhrparkmanagement, Freizeitgestaltung, Sportübungsleitung, vollzugliche Hilfsdienste (Be-

8 Päckert, FS 2007, 217 (217).

9 Päckert, FS 2007, 217 (220); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 44 f.

10 Päckert, FS 2007, 217 (220); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 44.

11 Päckert, FS 2007, 217 (220); Laubenthal, Strafvollzug, Rn. 46.

12 Steindorfner, FS 2007, 205 (208); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 47 f.; <http://www.amtsgericht-aalen.de/servlet/PB/menu/1242455/index.html?ROOT=1153239&ARCHIV=1153564> (Stand: 24.02.2011).

13 <http://www.amtsgericht-aalen.de/servlet/PB/menu/1242455/index.html?ROOT=1153239&ARCHIV=1153564> (Stand: 24.02.2011).

14 Steindorfner, FS 2007, 205 (208); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 48; <http://www.amtsgericht-aalen.de/servlet/PB/menu/1242455/index.html?ROOT=1153239&ARCHIV=1153564> (Stand: 24.02.2011).

15 Kratz, FS 2007, 215 (215); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 49.

suchshilfsdienst, Nachhilfsdienst, Gitterkontrolle, Außenportenhilfsdienst), Verwaltungshilfsdienste (Hilfsdienste in der Vollzugsgeschäftsstelle, in der allgemeinen Verwaltung, in der Personalgeschäftsstelle, im Schreibdienst, in der Poststelle, in der Telefonzentrale, beim Friseur und in der Bibliothek), medizinischer Dienst (mit Ausnahme des leitenden Anstaltsarztes), psychologischer Dienst (mit Ausnahme des leitenden Anstaltspsychologen) und sozialer Dienst (mit Ausnahme des leitenden Sozialarbeiters).¹⁶ Jeder privatisierte Bereich untersteht einem verbeamteten Controller, der gegenüber dem privaten Personal weisungsbefugt ist.¹⁷ Vertragspartner des Landes ist ein Konsortium, das zu 90 % aus der *Bilfinger Berger BOT GmbH* und zu 10 % aus der *KÖTTER Justizdienstleistungen GmbH* und Co. KG besteht.¹⁸

Auch in Niedersachsen und Berlin sind teilprivatisierte Anstalten in Planung bzw. befinden sich bereits in Bau.¹⁹

Auch in Vollzugsanstalten, die nicht explizit als teilprivatisierte Einheiten geplant wurden, werden häufig Private zur Aufgabenerfüllung herangezogen.²⁰ Insbesondere Fachkräfte wie Ärzte und Psychologen werden bei Bedarf vertraglich in den Vollzug eingebunden.²¹ So werden in Schleswig-Holstein²² beispielsweise 42 % der gesamten Gesundheitsfürsorge von Privaten wahrgenommen. Neben der zahnärztlichen Fürsorge in allen Justizvollzugsanstalten wurde die gesamte allgemeinärztliche Versorgung in den Anstalten Flensburg, Itzehoe sowie in der Jugendanstalt Schleswig vertraglich privaten Ärzten übertragen. Zusätzlich werden in den entsprechenden Fällen regelmäßig externe Fachärzte herangezogen. Zur Vertretung von verbeamteten Lehrkräften wird ebenfalls auf Private zurückgegriffen. Auch die psychologische Betreuung der Gefangenen sowie deren Aus- und Weiterbildung wird aus Kostengründen von Privaten wahrgenommen. Die entsprechende Qualifikation von Beamten und die sich daraus ergebenden laufenden Kosten hätten die öffentlichen Haushalte unverhältnismäßig stärker belastet. Seit dem Jahr 2002 werden in der Abschiebehaftanstalt Rendsburg zudem zur Entlastung des allgemeinen Vollzugsdienstes verschiedene Hilfsdienste im Umfang von ca. 550 Stunden pro Woche auf Private übertragen.

16 *Kratz*, FS 2007, 215 (215).

17 *Kratz*, FS 2007, 215 (215).

18 *Kratz*, FS 2007, 215 (215); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 29 ff.

19 *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 50 f.

20 *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 46.

21 *Laubenthal*, Strafvollzug, Rn. 46.

22 Zu allen gemachten Angaben zum Justizvollzug in Schleswig-Holstein bis zum Ende dieses Absatzes: *Sandmann*, in: Preusker/Maelicke/Flügge (Hrsg.), Das Gefängnis als Risikounternehmen, 259 (262 f.); *Jöhnk*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 55 (57).

D. Begriff der Privatisierung

I. Übergeordneter Privatisierungsbegriff

Der Begriff Privatisierung ist weder gesetzlich noch durch höchstrichterliche Rechtsprechung definiert.²³ In der Literatur werden unterschiedliche Definitionen verwendet und diverse Differenzierungen vorgenommen. Die Problematik einer eindeutigen Begriffsbestimmung liegt darin, dass die Vorgänge, die in der Literatur unter Privatisierung gefasst werden, zwar eine gemeinsame Tendenz aufweisen, sich im Einzelnen jedoch erheblich unterscheiden.²⁴ Diese Gemeinsamkeit wird meist mit *Entstaatlichung*, also dem Prozess, bei dem etwas „Staatliches“ durch etwas „Privates“ ersetzt wird, beschrieben.²⁵ Ein Teil der Literatur belässt es bei dieser oder ähnlichen zutreffenden, aber wenig aussagekräftigen Umschreibungen. *Landau* sieht beispielsweise die Verlagerung von bisher durch die öffentliche Hand wahrgenommenen Angelegenheiten in den privaten Bereich als übergeordnetes Merkmal einer jeden Privatisierung an.²⁶ *Kulas* beschreibt den Prozess als eine Bewegung weg vom Staat hin zu Privaten.²⁷ *Oehlerking* fasst unter den Begriff „Maßnahmen (...), mit denen bislang in behördlicher Trägerschaft wahrgenommene öffentliche Aufgaben auf Private übertragen werden.“²⁸ Solche allgemeinen Definitionen der Privatisierung leisten kaum mehr, als die wenigen Überschneidungen ähnlicher Phänomene zu beschreiben, haben dabei jedoch wenig Aussagegehalt.²⁹ Teilweise wird deshalb ein differenzierterer Definitionsansatz verwendet. *Erbguth* etwa versteht unter der Privatisierung „(...) die Verwendung privatwirtschaftlicher Instrumentarien und Methoden und/oder Beteiligung von Privatpersonen in irgendeiner, meist untergeordneten Funktion, um

23 In § 7 I 2 BHO wird der Begriff zwar erwähnt, aber nicht definiert. In § 123a II BRRG wird von der Umwandlung einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung in eine privatrechtlich organisierte Einrichtung gesprochen. Daraus lässt sich jedoch keine allgemeingültige Definition des Begriffs der Privatisierung ableiten. Ähnlich *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (417 Rn. 8).

24 In diese Richtung auch *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 19.

25 *Kämmerer*, Privatisierung, 16 ff.; *Görgmaier*, DÖV 1977, 356 (356 f.); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (585); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 115; *Leisner*, DVBl. 1978, 733 (733); *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (220, 236); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21. Auch der allgemeine Sprachgebrauch versteht unter Privatisierung „Die Verlagerung staatlicher Aktivitäten in den privaten Wirtschaftsbereich“: Brockhaus Enzyklopädie, Band 22; *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 115.

26 *Landau*, Tagungsbericht 27. Triburger Symposium, 30 (32).

27 *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 19.

28 *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 14.

29 Ähnlich *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

eine größere Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung zu erreichen.³⁰ *Stober* definiert Privatisierung als „die Verlagerung herkömmlich von der öffentlichen Hand erbrachten Güter und Dienstleistungen auf private Träger oder die Privatwirtschaft oder deren Einschaltung in die Erledigung öffentlich-rechtlicher Aufgaben.“³¹ Jedoch liefern auch diese Ansätze keine zufriedenstellende Definition, sondern enthalten lediglich Aufzählungen der Merkmale möglichst vieler bisher aufgetretener Privatisierungsformen. Die Schwierigkeit einer abschließenden Begriffsbestimmung liegt in der Dynamik der sich in der Praxis neu bildenden Unterformen³² und der teilweise nur geringen Gemeinsamkeiten derselben. Es handelt sich bei der „Privatisierung“ um einen „offenen Brücken- und Verbundbegriff“, dessen Gehalt vom jeweiligen Kontext abhängig ist.³³ Einen einheitlichen Privatisierungsbegriff über die geteilte Tendenz der Entstaatlichung hinaus, gibt es deshalb nicht.³⁴ Gegenstand einer jeden Untersuchung können folglich nur die einzelnen vorkommenden Ausprägungen sein.

II. Ausprägungen der Privatisierung

Im Schrifttum werden unterschiedliche Einteilungen vorgenommen.³⁵ Die wohl herrschende Meinung kennt vier Arten der Privatisierung öffentlicher Verwaltungsaufgaben: die Vermögens-, Organisations-, Aufgaben- und Funktionalprivatisierung.³⁶ Teilweise werden dabei andere Begrifflichkeiten verwendet, inhaltlich ist die vorgenommene Kategorisierung jedoch weitestgehend identisch. Es gilt nun die verschiedenen Privatisierungsarten und ihre Voraussetzungen gegeneinander abzugrenzen und ihre mögliche Relevanz für den Strafvollzug zu beurteilen, bevor die jeweiligen rechtlichen Grenzen festgelegt werden.

30 *Erbguth*, UPR 1995, 369 (369).

31 *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

32 *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

33 *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302).

34 *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 197; *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 115.

35 Eine Übersicht findet sich in *Kämmerer*, Privatisierung, 16 ff.

36 *Landau*, Tagungsbericht 27. Triberger Symposium, 30 (33 ff.); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (585 ff.); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (962); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (417 f.); *Bonk*, JZ 2000, 435 (436 f.); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 61 ff.; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 197 ff.; *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21. Leicht abweichend: *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 267 ff.; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302), *Sterzel*, LBGS Gutachten, 15 f., die die Vermögensprivatisierung nicht thematisieren. Auch *Kirchhof*, der eine eigene Einteilung vertritt, bezeichnet diese Vierteilung als „anerkannte Ordnung“: *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (225).

1) Vermögensprivatisierung

Unter einer Vermögensprivatisierung wird die Übertragung staatlicher Vermögensbestandteile auf private Rechtssubjekte verstanden.³⁷ Dazu können jede Art von Eigentum, wie Liegenschaften, oder auch Anteile an Wirtschaftsunternehmen zählen.³⁸ Fraglich ist jedoch, ob es sich dabei tatsächlich um eine Form der Privatisierung handelt.³⁹ An dieser Stelle zeigt sich erneut die Schwierigkeit einer abschließenden Privatisierungsdefinition. Übergeordnetes Merkmal der Privatisierung ist eine Bewegung weg vom Staat hin zu Privaten. Wenn ein Bürger aber beispielsweise einen Bescheid erhält, so bewegt sich dieser ebenfalls vom Staat zu einem Privaten. Von einer Privatisierung würde hier jedoch wohl niemand sprechen. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass nicht jede Form der „Entstaatlichung“ im genannten Sinne auch eine Privatisierung darstellt. So verhält es sich auch für die Vorgänge, die als Vermögensprivatisierung bezeichnet werden. Falls durch die Übertragung von Vermögensbestandteilen auf Private Finanzmittel akquiriert werden sollen, handelt es sich um ein reines fiskalisches Hilfsgeschäft, vergleichbar mit dem Erwerb von Büromaterial oder dem Verkauf ausgedienter Büroeinrichtung. Auch in diesen Fällen findet eine Bewegung von Gütern oder Finanzmitteln weg vom Staat hin zu Privaten statt, diese ist jedoch rein fiskalischer Natur. Falls darüber hinaus, etwa mit der Übertragung von Anteilen an Wirtschaftsunternehmen, auch Kompetenzen abgegeben werden, ist dies im Rahmen der Funktionalprivatisierung oder der materiellen Privatisierung zu betrachten. Ein eigenständiger Bereich für die Vermögensprivatisierung verbleibt deshalb nicht. Selbst bei Anerkennung dieser Privatisierungsform hätte sie keine beträchtenswerte Relevanz für den Strafvollzug,⁴⁰ weshalb von weiteren Ausführungen abgesehen werden kann.

Gleiches gilt für die vereinzelt vorgenommene Ausweitung der Vermögensprivatisierung. Nach dieser Ansicht soll auch die Anmietung von privaten Grundstücken und Gebäuden durch die öffentliche Hand zu dieser Privatisie-

37 *Landau*, Tagungsbericht 27. Triberger Symposium, 30 (33); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (417); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 198; *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 119 f.; *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (225); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21.

38 *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (585); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 120; *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (225).

39 So ausdrücklich auch ablehnend *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 14. Konkurrent durch die Nichterwähnung; *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 267 ff.; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2302); *Sterzel*, LBGs Gutachten, 15 f.

40 So auch *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21 f.

rungsart „im weiteren Sinne“ gehören.⁴¹ Dabei liegt jedoch bereits keine Bewegung *weg* vom Staat, sondern ein Hilfsgeschäft vor, bei dem etwas *zum Staat hin* bewegt wird. Auch hier gilt, dass selbst wenn man diese Ausweitung anerkennen wollte und ihr eine gewisse Relevanz für den Strafvollzug, etwa bei der Anmietung von Haftanstalten, zuspräche,⁴² sich keine betrachtenswerten rechtlichen Besonderheiten ergeben würden.⁴³ Voraussetzung für ein solches Vorgehen wäre lediglich, dass den allgemeinen Anforderungen an Haftanstalten entsprochen wird. Sie müssten den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere denen der Strafvollzugsgesetze, entsprechen.⁴⁴ Infolgedessen wird auf weitere Ausführungen zur sogenannten Vermögensprivatisierung, auch im weiteren Sinn, verzichtet.

2) Organisationsprivatisierung

Bei einer Organisationsprivatisierung bzw. formellen Privatisierung bedient sich der Staat privater Rechtsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Er schafft oder übernimmt dazu ein privates Rechtssubjekt, in der Regel eine AG oder GmbH, und hält die Anteile daran meist ganz, zumindest aber mehrheitlich selbst.⁴⁵ Die staatliche Verantwortlichkeit für die Aufgabe bleibt vollständig erhalten.⁴⁶ Die Vorteile einer Organisationsprivatisierung werden in der dadurch

41 Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 6 f.; *Bonk*, JZ 2000, 435 (436); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21 f.

42 So Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 6 f.; *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21 f.

43 Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 6 f.; *Kruis*, ZRP 2000, 1 (2); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 21.

44 *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (428).

45 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 61; *Landau*, Tagungsbericht 27. Triberger Symposium, 30 (33); *Lange*, DÖV 2001, 898 (899); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (588); *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 15; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 197; *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Kulas*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 117; *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (225); *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1227); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 22; *Peine*, DÖV 1997, 353 (354); *König*, DÖV 1999, 322 (323).

46 BVerwG, DVBl. 2009, 1382 (1384); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (588); *Sterzel*, LBGS Gutachten, 16; *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 15; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 197; *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Isensee*, ZBR 1998, 295 (303); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 118; *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1227); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 22.

wegfallenden besoldungs- und haushaltsrechtlichen Bindung und der insgesamt größeren Flexibilität des Privatrechts gesehen.⁴⁷

Eine relevante finanzielle Entlastung des Staates ist durch diese Form der Privatisierung nicht ersichtlich. Der Wettbewerb wird nicht gefördert. Zudem besteht für die jeweilige staatliche Stelle keine Möglichkeit, fremdes Know-how zu akquirieren.⁴⁸ Diese ergibt sich erst durch die zusätzliche Einbindung externen Personals, welche der Funktionalprivatisierung zuzuordnen ist.⁴⁹ Eine eigenständige Relevanz der Organisationsprivatisierung für den Strafvollzug besteht folglich nicht,⁵⁰ sondern ergibt sich erst in Kombination mit zusätzlichen Privatisierungsmaßnahmen. Aus diesem Grund kann auf eine Thematisierung ihrer rechtlichen Zulässigkeit verzichtet werden.

3) Funktionalprivatisierung

Bei einer Funktional-, Erfüllungs- oder Verfahrensprivatisierung zieht der Staat Private zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben heran und überträgt diesen gewisse Bereiche. Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung verbleiben jedoch beim Träger der öffentlichen Verwaltung und sind damit noch immer öffentlich-rechtlicher Natur.⁵¹ Eingebundene Privatpersonen üben ihre Tätigkeit unter staatlicher Aufsicht und Kontrolle aus.⁵² Die Verfahrensprivatisierung stellt ei-

47 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 61; Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates, 118.

48 Dazu, dass die von einer Privatisierung erhofften Effekte nicht durch eine Organisationsprivatisierung erreicht werden können, auch Kulas, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37).

49 Dazu sogleich I. Kapitel, D., II., 3).

50 So auch: Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 8; Kulas, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 22.

51 BVerwG, DVBl. 2009, 1382 (1384); Erbguth, UPR 1995, 369 (369); Möisinger, BayVBl. 2007, 417 (418); Jachmann/Strauß, ZBR 1999, 289 (295); Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 198; Oehlerking, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 37; Kulas, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); Burgi, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (45); Hoffmann-Riem, JZ 1999, 421 (428); Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates, 120 f.; Kirchhof, AöR 2007, 215 (225); Meyer, BewHi 2004, 272 (273); Di Fabio, JZ 1999, 585 (589); Reidt, NVwZ 1998, 592 (592); Tams, NVwZ 2006, 1226 (1227); König, DÖV 1999, 322 (324). Lediglich bezogen auf eine Beilehung: Burgi, NVwZ 2007, 383 (384); Burgi, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (45); Sellmann, NVwZ 2008, 817 (818); Barisch, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24.

52 Landau, Tagungsbericht 27. Triberger Symposium, 30 (34); Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 274; Kruis, ZRP 2000, 1 (2); Sterzel, LBGS Gutachten, 16 f.; Jachmann/Strauß, ZBR 1999, 289 (295); Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 198; Reidt, NVwZ 1998, 592 (592); Tams, NVwZ 2006, 1226 (1227).

nen Mittelweg zwischen vollständiger Aufgabenprivatisierung und Organisationsprivatisierung dar. Der Staat involviert zwar Private, nutzt auf diese Weise deren besonderes Fachwissen, Initiative und finanzielle Mittel, die Aufgabenverantwortung wird jedoch nicht übertragen. Die herangezogenen Privaten werden dabei nach hergebrachter Sichtweise entweder als Beliehene oder weisungsgebundene, unselbstständige Verwaltungshelfer tätig.⁵³ Die Relevanz der Funktionalprivatisierung für den Strafvollzug ist hoch. In der Literatur wird sie größtenteils als die Sinnvollste für diesen Bereich angesehen.⁵⁴

a) Beleihung

aa) Definition

Beliehene sind private Rechtssubjekte, denen bestimmte Verwaltungsaufgaben in mehreren möglichen Abstufungen hin bis zu einer selbstständigen, hoheitlichen Wahrnehmung übertragen werden.⁵⁵ Beleihungsadressaten können sowohl juristische als auch natürliche Personen des Privatrechts sein.⁵⁶ Der Beliehene ist dem Staatsapparat nur an-, nicht in ihn eingegliedert.⁵⁷ Es handelt sich um einen

53 *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 198; *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273), *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1227); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 23 f.

54 *Lange*, DÖV 2001, 898 (900 ff.); *Kruis*, ZRP 2000, 1 (2 ff.); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273 f.); *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46 (46 ff.); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418 ff.); *Bonk*, JZ 2000, 435 (437 ff.).

55 BVerwG, NuR 2006, 499 (499); *Detterbeck*, Öffentliches Recht, Rn. 1075; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 56; *Sterzel*, LBGS Gutachten, 64; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 216; *Krölls*, GewArch 1997, 445 (446); *Kulas*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46 (46); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (44); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (383 f.); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 192; *Waechter*, NZV 1997, 329 (337); *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (118 f.); *Braun/Buchmann*, NZBau 2007, 691 (693); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (271); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24.

56 *Schmidt*, ZG 2002, 353 (356); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (537); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (44); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (271); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24.

57 *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (83); *Bonk*, JZ 2000, 435 (437), *Sterzel*, LBGS Gutachten, 65; *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24. Zur Tendenz, den Beliehenen als selbstständigen Hoheitsträger

Fall der mittelbaren Staatsverwaltung.⁵⁸ Ein Beliehener handelt regelmäßig im Außenverhältnis in eigenem Namen und ist Behörde im funktionellen Sinne.⁵⁹ Traditionell werden Beliehenen eingriffsrechtliche Kompetenzen, etwa in Form der Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten, übertragen.⁶⁰ Eine Beschränkung darauf gilt jedoch im Zuge eines moderneren Beleihungsverständnisses als überholt.⁶¹ Mittlerweile ist anerkannt, dass auch die Befugnis zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge⁶² und zu schlicht hoheitlichem Handeln⁶³ durch eine Beleihung übertragbar ist. Klassische Beispiele für Beliehene sind Flug-⁶⁴ und Schiffskapitäne⁶⁵ sowie TÜV-Sachverständige^{66, 67}. Über solche gängigen Erscheinungsformen hinaus ist aber etwa auch die Übertragung der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Anstalt auf Private mittels Beleihung möglich.⁶⁸ Da Beliehene in der Regel eigenständig handeln und über einen gewissen Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum verfügen, ist eine Beleihung nur

und nicht als Behörde des beleihenden Verwaltungsträgers zu sehen, ausführlich *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (539).

58 *Helfrich*, DÖV 1990, 553 (555); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384).

59 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 192 f.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 59; *Sterzel*, LBGS Gutachten, 65; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 216 f.; *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 37; *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46 (46); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (44); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384); *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 192; *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Stober*, DÖV 2000, 261 (263); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Braun/Buchmann*, NZBau 2007, 691 (693); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24. Ein Auftreten im Außenverhältnis gegenüber Dritten ist jedoch nicht zwingend erforderlich: *Burgi*, FS Maurer, 581 (586 Fn. 41); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (119).

60 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 59; *Kulas*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (44 f.); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (115); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (271).

61 *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (271 ff.); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535) m. w. N.

62 *Schmidt*, ZG 2002, 353 (366); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384).

63 *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (44); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384); *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (441); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (125); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818).

64 § 12 LuftSiG.

65 § 106 II SeemG.

66 § 29 II 2 StVZO i. V. m. dem Kraftfahrersachverständigenengesetz v. 12.12.1971 (BGBl. 1971 I, 2086 ff.).

67 *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (534).

68 *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535).

durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes – der Beleihungsgrundlage – möglich.⁶⁹ Die klassische abstrakt-generelle Beleihung durch Gesetz oder Verordnung wird dabei vermehrt durch eine konkret-individuelle Übertragung durch Verwaltungsakt oder öffentlich rechtlichen Vertrag ersetzt.⁷⁰ Eine „faktische Beleihung“ mit Wissen und Wollen der Behörde, jedoch ohne wirksames Mandat, ist dagegen nicht möglich.⁷¹ Die verwendete Beleihungsgrundlage sollte im Idealfall – unabhängig von ihrer Rechtsnatur – Art und Umfang der auf den Belehenden übertragenen Befugnisse im Einzelnen normieren⁷², Auswahlverfahren und -kriterien⁷³ sowie die notwendige Aufsicht regeln.⁷⁴ Es existieren jedoch

69 BVerfG, NJW 2012, 1563 (1569); BVerfG, BayVBl. 1985, 25 (26); BVerwG, DVBl. 1970, 735 (736); BVerwG, DÖV 1984, 1025 (1025); BVerwG, DVBl. 2006, 840 (841); BVerwG, NuR 2006, 499 (499); OVG NRW, NVwZ 1997, 806 (807); BremStGH, NVwZ 2003, 81 (81); *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 194; *Sterzel*, LBGs Gutachten, 64; *Krölls*, GewArch 1997, 445 (446); *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 38; *Kötter*, BewHi 2004, 211 (220); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (275); *Lange*, DÖV 2001, 898 (903); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (970); *Gusy/Lührmann*, StV 2001, 46 (46); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (49); *Burgi*, FS Maurer, 581 (588); *Kulas*, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung, 82; *Waechter*, NZV 1997, 329 (337); *Stober*, DÖV 2000, 261 (268); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (123 f.); *Helfrich*, DÖV 1990, 553 (553 f.); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Wamser*, NZV 2010, 436 (437); *Braun/Buchmann*, NZBau 2007, 691 (693); *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (271); *Pitschas*, DÖV 1997, 393 (400 f.); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 24; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (169). Für die Notwendigkeit einer Beleihungsgrundlage aufgrund der Wesentlichkeitstheorie auch bei Beleihungen, die nicht mit Eingriffsbefugnissen verbunden sind: *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443). Ausführlich zur Begründung, warum eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist: *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (169 ff.).

70 *Schmidt*, ZG 2002, 353 (359 f.); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (538). Für die Möglichkeit der Verwendung dieser Methoden auch: *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (82); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (123); *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818).

71 *Klement*, VerwArch 2010, 112 (121 f.). Für die Möglichkeit einer faktischen Beleihung dagegen: *HoppelBleicher*, NVwZ 1996, 421 (423); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (49); *Burgi*, FS Maurer, 581 (586).

72 BVerfG, BayVBl. 1985, 25 (26); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (49); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423); *Winterhoff*, FS Starck, 463 (474); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 138 f. Vereinzelt wird dazu eine Regelung durch ergänzende Absätze und Paragraphen für unzureichend angesehen und ein eigener Abschnitt im jeweiligen Gesetzestext für notwendig erachtet: *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (49).

73 *Helfrich*, DÖV 1990, 553 (555); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443); *Winterhoff*, FS Starck, 463 (474). Dazu zählen beispielsweise Anforderungen an Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Sachkunde: *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443).

74 *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (49); *Winterhoff*, FS Starck, 463 (474).

mehrere allgemein anerkannte Beleihungsgrundlagen, die die genannten Angaben nur vereinzelt enthalten.⁷⁵ Vom Gesetzgeber wird eine uneinheitliche Terminologie zur Beleihung verwendet.⁷⁶ Ob ein Rechtsakt eine Beleihungsgrundlage darstellt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.⁷⁷ Der Staat hat bei jeder Beleihung sicherzustellen, dass die Aufgaben ordnungsgemäß durchgeführt werden. Es besteht eine Rechts- oder Fachaufsicht,⁷⁸ die ausreichende Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten der übergeordneten Behörde beinhalten muss.⁷⁹ Bei einer reinen Rechtsaufsicht sind aufgrund der sich daraus ergebenden geminderten sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation⁸⁰ erhöhte Anforderungen an die Regelungsdichte durch Gesetz oder kooperativen Verleihungsakt zu stellen.⁸¹ Der Umfang der Kontrollmaßnahmen hat sich an der Reichweite der übertragenen Befugnisse, der Grundrechtsrelevanz der Tätigkeit, deren Zugehörigkeit zur Eingriffsverwaltung sowie berührten Dritt- und Gemeinwohlbelangen zu orientieren.⁸² Falls dem Beliehenen umfassende Grundrechtseingriffe ermöglicht werden sollen, reicht es nicht aus, in der Gesetzesbegründung auf die Aufsicht der beleihenden Behörde hinzuweisen. Vielmehr bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.⁸³ Beliehene werden im Strafvollzug sinnvoll dann eingesetzt, wenn Vorbereitung, Entscheidung und Durchführung einer Handlung in

75 So enthält beispielsweise § 25 BJagdG keinerlei Vorschriften zur Aufsicht, normiert jedoch die Befugnisse des beliehenen Jagdaufsehers. Gleiches gilt für § 1 III UZwGBw, der die Übertragung militärischer Wachaufgaben der Bundeswehr auf zivile Wachpersonen ermöglicht, und § 106 III SeemG: *Winterhoff*, FS Starck, 463 (474 Fn. 84).

76 § 12 LuftSiG nutzt ausdrücklich die Formulierung „Luftfahrzeugführer (...) als Beliehener“. § 106 II SeemG legt lediglich die Rechte und Pflichten des Kapitäns fest. § 3a BinSchAufzG setzt die Beleihung mit einer Beauftragung gleich. § 10 II KWKG spricht von einer Übertragung der Durchführung von Aufgaben. § 4 II ABMG nennt die Übertragung von Aufgaben und die Beauftragung nebeneinander: *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (441).

77 *Klement*, VerwArch 2010, 112 (122); *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (156). Stark auf eine genetische Auslegung abstellend: *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (441).

78 *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (82 f.); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Sterzel*, LBGS Gutachten, 65 f.; *Kulas*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 35 (37); *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (45); Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 21 f.; *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (445); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (117). Zur Zulässigkeit einer reinen Rechtsaufsicht ohne Fachaufsicht ausführlich *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (540) m. w. N. Für die Unabdingbarkeit einer Fachaufsicht dagegen: *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384).

79 *Kötter*, BewHi 2004, 211 (220); *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (443).

80 *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (82 f.); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (540). Allgemein zur demokratischen Legitimation siehe 2. Kapitel, A., I., 3).

81 *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (540).

82 *Burgi*, FS Maurer, 581 (592); *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (540, 542).

83 *Kiefer*, LKRZ 2009, 441 (445).

einer Hand liegen sollen, ein Vollzugsbediensteter also vollständig ersetzt werden soll.⁸⁴

bb) Die Beleihung als Form der Funktionalprivatisierung

Ob die Beleihung eine Unterform der Funktionalprivatisierung darstellt, ist umstritten. Teilweise wird sie der Organisationsprivatisierung zugeordnet, da Private dabei auch öffentliche Aufgaben in eigenem Namen ausführen.⁸⁵ Einer weitverbreiteten Ansicht nach stellt die Beleihung jedoch eine Art der Funktionalprivatisierung dar.⁸⁶ Dafür spricht, dass bei einer Beleihung im Rahmen der staatlichen Aufgabenerfüllung Private herangezogen werden, die dann für den Staat handeln,⁸⁷ was die Definition einer Funktionalprivatisierung erfüllt. Die staatliche Verantwortungszuständigkeit bleibt auch bei einer Beleihung erhalten.

Eine solche Konstellation besteht jedenfalls bei einer konkret-individuellen Beleihung, die genutzt wird, um Private punktuell und ergänzend zur Erfüllung von Aufgaben im bestehenden staatlichen Verwaltungsgefüge heranzuziehen. Sie stellt deshalb eine Form der Funktionalprivatisierung dar.

Die klassischen Fälle der abstrakt-generellen Beleihung, etwa der Flug- sowie Schiffskapitän oder Jagdaufseher, agieren eigenständiger; sie sind räumlich und zeitlich weniger eng an die öffentliche Verwaltung angegliedert. Ihre Beleihung dient der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung für Fälle, in denen die regulär zuständige staatliche Gewalt nicht anwesend ist und ihrer Aufgabe deshalb nicht nachkommen kann. So sind beispielsweise Schiffskapitäne für die Aufrechterhaltung der Schiffsordnung zuständig, Jagdaufsehern sind die Aufgaben des Jagdschutzes übertragen, weshalb sie etwa befugt sind, Personen anzuhalten, ihnen unberechtigt gejagtes Wild abzunehmen und ihre Identität festzustellen.⁸⁸ Man könnte deshalb annehmen, es handle sich um eine für einen

84 *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), *Privatisierung im Strafvollzug?*, 43 (48).

85 *Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 79 f.; *Peine*, DÖV 1997, 353 (360 f.); *Scholz*, NJW 1997, 14 (15). Demgegenüber *Kirchhof*, der die Beleihung als „Spiegelbild“ der Organisationsprivatisierung ansieht, da nicht der Staat in privatrechtlicher Form, sondern der Private in öffentlich-rechtlicher Form tätig werde: *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (222 f.).

86 BVerwG, DVBl. 2006, 840 (841); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 198; *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1227); *Menzer*, DVBl. 1998, 820 (821); *Bonk*, JZ 2000, 435 (437); Arbeitsbericht „Modellprojekt“, 10; *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589). Wohl auch *Kruis*, ZRP 2000, 1 (4); *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Barisch*, *Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug*, 24.

87 *Schimpfhauser*, *Das Gewaltmonopol des Staates*, 193.

88 *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533 (535).

bestimmten Personenkreis vorgenommene Ausweitung der Jedermannrechte⁸⁹. Auch diese werden den Bürgern vom Staat für Situationen gewährt, in denen letzterer selbst keine Gewalt ausüben, die allgemeine Friedenspflicht also nicht durchsetzen kann.⁹⁰ Die Jedermannrechte stehen jedoch, wie der Name vermuten lässt, nicht nur bestimmten Personengruppen, sondern allen Bürgern zu, sofern ihre Voraussetzungen vorliegen. Auch bei einer traditionellen, abstrakt-generellen Beleihung liegt ein öffentliches Aufgabenfeld vor, bei dem die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung grundsätzlich dem Staat obliegen. In den genannten Beispielen handelt es sich etwa um die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die der Staat in der Regel durch seinen Polizeiapparat sicherstellt. Dieses Aufgabenfeld bleibt ein staatliches, auch wenn Beliehene abstrakt-generell zur Wahrnehmung einzelner Teilbereiche ermächtigt werden. Auch die klassische Form der Beleihung entspricht deshalb der Definition einer Funktionalprivatisierung.

b) Verwaltungshilfe

aa) Die klassische, unselbstständige Verwaltungshilfe

Unter der klassischen, unselbstständigen Verwaltungshilfe versteht man die Heranziehung Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in dem Sinne, dass diese für eine Behörde als unselbstständiges, weisungsgebundenes Hilfsorgan tätig werden.⁹¹ Eine enge räumlich-zeitliche Anbindung an einen staatlichen Aufgabenträger ist für den Verwaltungshelfer kennzeichnend.⁹² Der Private wird unterstützend oder vorbereitend als verlängerter Arm oder Werkzeug der Verwaltung tätig.⁹³ Er handelt nicht in eigenem Namen, sein Handeln wird der Behörde zuge-

89 Dazu zählen beispielsweise die in den §§ 32, 34 StGB, §§ 227, 228, 229, 859 I, 904 BGB und § 127 I StPO normierten Rechte. Dazu ausführlich unten: 2. Kapitel, A., I., 1).

90 *Schulte*, DVBl 1995, 130 (133); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 189; *Jeand'Heur*, AöR 1994, 107 (115); *Hoffmann-Riem*, ZRP 1977, 277 (280); *Kunz*, ZStW 1983, 973 (975 f.); *Kämmerer*, FS Stober, 595 (599).

91 *Krölls*, GewArch 1997, 445 (447); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589); *Waechter*, NZV 1997, 329 (337); *Lange*, DÖV 2001, 898 (900); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (119); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 153; *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (384); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Wamser*, NZV 2010, 436 (437); *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273); *König*, DÖV 1999, 322 (324); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 25.

92 *Winterhoff*, FS Starck, 463 (468); *Waechter*, NZV 1997, 329 (337).

93 *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (VwVfG), § 1 Rn. 64; *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Wamser*, NZV 2010, 436 (437);

rechnet.⁹⁴ Die Entscheidungskompetenz und Leistungsverantwortung verbleibt bei ihr.⁹⁵ Für die Heranziehung von Privaten als Verwaltungshelfer ist grundsätzlich keine gesetzliche Grundlage erforderlich, da diese keine eigenständigen Eingriffsbefugnisse und nur einen geringen eigenen Entscheidungsspielraum besitzen.⁹⁶ Notwendig ist lediglich die generelle gesetzliche Zuweisung der Aufgabe, in deren Zusammenhang ein Verwaltungshelfer eingesetzt werden soll, an die Verwaltung.⁹⁷ Als typisches Beispiel für Verwaltungshelfer gelten Abschleppunternehmer.⁹⁸ Unselbstständige Verwaltungshelfer sind im Strafvollzug dann einzusetzen, wenn sie Vollzugsbeamte nicht ersetzen, sondern diesen zuarbeiten oder für sie Maßnahmen durchführen sollen.⁹⁹ Dadurch wären die Personaleinsparungspotentiale jedoch begrenzt.¹⁰⁰

bb) Selbstständige Verwaltungshilfe

Wären die Möglichkeiten, Private im Zuge der Funktionalprivatisierung in die Verwaltung einzubinden damit erschöpft, wären diese erheblich eingeschränkt, da lediglich zwei sehr gegensätzliche, extreme Alternativen zur Verfügung stünden. Einerseits die Beleihung, die zwar hin bis zur Ausstattung mit Hoheitsrechten ein weites Spektrum an Einbindungsmöglichkeiten umfasst, jedoch auf eine entsprechend detaillierte gesetzliche Regelung angewiesen ist, weshalb eine er-

Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 154; *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 25.

94 *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 194; *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf, HK-Verwaltungsrecht, § 1 VwVfG, Rn. 37; *Krölls*, GewArch 1997, 445 (447); *Lange*, DÖV 2001, 898 (900, 903); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Klement*, VerwArch 2010, 112 (115); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423); *König*, DÖV 1999, 322 (324); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 153; *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 25.

95 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62; *Winterhoff*, FS Starck, 463 (468); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306).

96 *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Wahrendorf, HK-Verwaltungsrecht, § 1 VwVfG, Rn. 37; *Ramsauer*, in: Kopp/Ramsauer (VwVfG), § 1 Rn. 65; *Peine*, DÖV 1997, 353 (357); *Stober*, NJW 2008, 2301 (2306); *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818); *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423); *Burgi*, in: HdbStR IV, § 75 Rn. 19. Schädlich ist eine ausdrückliche Normierung der Verwaltungshilfe – so beispielsweise in § 13 RettG NRW vorgenommen – jedoch nicht: *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (819). Die Gegenansicht fordert dagegen eine gesetzliche Grundlage schon bei jeder systematischen und dauerhaften Übertragung von prinzipiell staatlichen Aufgaben auf Verwaltungshelfer: *Erbguth*, UPR 1995, 369 (376 f.).

97 *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 287; *Lange*, DÖV 2001, 898 (903).

98 *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818).

99 *Burgi*, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 43 (48); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 127.

100 *Kruis*, ZRP 2000, 1 (4 f.); *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (340); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 127.

hebliche Abhängigkeit der Verwaltung vom Gesetzgeber besteht. Andererseits die Heranziehung Privater als klassische Verwaltungshelfer, deren Einsatzmöglichkeiten jedoch dahingehend eingeschränkt sind, dass diese nur unter mitschreitender Aufsicht des staatlichen Verwaltungsapparates als dessen Werkzeug verwendet werden können. Eine Beschränkung auf diese Alternativen würde den Anforderungen der Verwaltung an eine sinnvolle, flexible und effektive Einbindung Privater in ihre Tätigkeit nicht genügen.¹⁰¹

In der Literatur wird deshalb neben dem klassischen unselbstständigen Verwaltungshelfer teilweise die Figur des selbstständigen Verwaltungshelfers verwendet. Dieser könnte selbstständig öffentliche Aufgaben ohne Eingriffs- oder Letztentscheidungsbefugnis wahrnehmen bzw. hoheitliche Entscheidungen bis zur Entscheidungsreife vorbereiten.¹⁰² Die Privaten könnten auf diese Weise ihre Aufgaben ohne mitschreitende Kontrolle und Anweisung, jedoch unter prinzipiell bestehender staatlicher Aufsicht und Weisungsbefugnis, ausüben. Die Lücke zwischen unselbstständigen Verwaltungshelfern und Beliehenen wäre damit sinnvoll geschlossen. Der Einsatz von selbstständigen Verwaltungshelfern im Strafvollzug hätte den Vorteil, dass sie eigenständiger agieren könnten und nicht ständig von Vollzugsbeamten begleitet und angeleitet werden müssten. Dadurch ergäben sich vermehrte Einsparungspotentiale hinsichtlich des Personals.¹⁰³

Umstritten ist, welche Anforderungen an die Normierung einer solchen selbstständigen Verwaltungshilfe zu stellen sind. Teilweise wird aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes¹⁰⁴ die gesetzliche Zuweisung einer Aufgabe an den Staat für ausreichend gehalten.¹⁰⁵ Bei Aufgaben, die von überragender Bedeutung für die Allgemeinheit sind, soll zusätzlich eine gesetzliche Rahmenregelung zur Verwaltungshilfe erforderlich sein.¹⁰⁶ Andere sehen den selbstständigen Ver-

101 In diese Richtung auch: *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818).

102 So beispielsweise *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589 ff.); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (273); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423); *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 155 f.; *Lange*, DÖV 2001, 898 (900). Wohl auch *Trute*, ohne den Begriff „selbstständiger Verwaltungshelfer“ ausdrücklich zu gebrauchen: *Trute*, DVBl. 1996, 950 (957). Andere wollen dagegen die Beleihung (im weiteren Sinn) auf diese Zwischenformen ausweiten: *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (818 ff.); wohl auch *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592). Falls hoheitliche Letztentscheidungsbefugnisse auf Private übertragen werden sollen, ist jedenfalls eine Beleihung vorzunehmen: *Sellmann*, NVwZ 2008, 817 (819).

103 So wohl auch *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423).

104 *Erbguth*, UPR 1995, 369 (376 f.); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423).

105 *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423).

106 *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (423).

waltungshelfer als an den Beliehenen angenähert und deshalb dem Gesetzesvorbehalt unterliegend an.¹⁰⁷

Wenn die Befugnisse der selbstständigen Verwaltungshelfer zwischen denen der Beliehenen und der klassischen Verwaltungshelfer liegen, ist es konsequent, dies auch auf die erforderliche Normierung zu beziehen. Im Gegensatz zur unselbstständigen Verwaltungshilfe ist deshalb eine gesetzliche Regelung zur Einbindung Privater erforderlich. Diese muss jedoch nicht die an eine Beleihungsgrundlage gestellten Anforderungen¹⁰⁸ erfüllen. So hat der Gesetzgeber lediglich zu entscheiden, dass selbstständige Verwaltungshelfer eingesetzt werden dürfen, die Details können jedoch der Verwaltung überlassen werden. Dadurch ergeben sich gleich mehrere Vorteile gegenüber einer Ausweitung der Beleihung auf den strittigen Aufgabenbereich. Bei einer solchen könnte es zu einer Überlastung des Gesetzgebers durch die notwendige Regelung der Detailfragen kommen. Durch das Erfordernis einer einfachen Gesetzesgrundlage ohne weitere Anforderungen wird dagegen der Wesentlichkeitstheorie am besten entsprochen. Da selbstständige Verwaltungshelfer keine eigenen Eingriffskompetenzen besitzen, besteht keine Notwendigkeit einer Regelung, die die Anforderungen an eine Beleihungsgrundlage erfüllt und damit die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses detailliert regelt. Zudem bietet der hier vertretene Ansatz eine plausible Erklärung für solche Normen, die zwar die Beteiligung Privater in der Verwaltung vorsehen, jedoch aufgrund der fehlenden Detailregelungen keine Beleihungsgrundlage darstellen¹⁰⁹. Würde man die Figur des selbstständigen Verwaltungshelfers nicht anerkennen, müsste man dem Gesetzgeber unterstellen, dass diese Normen nur deklaratorischen Charakter bezüglich eines möglichen Einsatzes von klassischen Verwaltungshelfern besitzen sollen. Würde man dagegen die Ausweitung der Beleihung auf den Tätigkeitsbereich selbstständiger Verwaltungshelfer fordern, wären diese Normen gegenstandslos, da sie die Anforderung an eine ausreichende Beleihungsgrundlage gerade nicht erfüllen. Überzeugender ist die Annahme, dass diese Normen den Einsatz von selbstständigen Verwaltungshelfern ermöglichen. Aus diesen Gründen ist es notwendig, die Figur des selbstständigen Verwaltungshelfers anzuerkennen und dahingehend zu verstehen, dass er zwischen den beiden klassischen Formen der Funktionalprivatisierung steht und seine Verwendung durch den Gesetzgeber ermöglicht werden muss. Die Einzelheiten,

107 *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (273); *Di Fabio*, JZ 1999, 585 (589 f.). Wohl auch *Trute*, ohne den Begriff „selbstständiger Verwaltungshelfer“ ausdrücklich zu gebrauchen: *Trute*, DVBl. 1996, 950 (957).

108 Beispielsweise Auswahlverfahren und -kriterien, Art und Umfang der auf den Beliehenen übertragenen Befugnisse im Einzelnen und die notwendige Aufsicht. Siehe 1. Kapitel, D., II., 3), a), aa).

109 So beispielsweise § 155 12 StVollzG. Dazu ausführlich unten: 2. Kapitel, A., I., 3), a).

etwa zu seinen Befugnissen, können im Sinne der Wesentlichkeitstheorie der Verwaltung überlassen werden, solange keine Eingriffs- oder Letztentscheidungsbefugnisse ausgeübt werden.

4) Materielle Privatisierung

Aufgabenprivatisierung oder materielle Privatisierung bedeutet, dass der Staat sich aus einer bestehenden Aufgabe zurückzieht und sie in vollem Umfang Privaten überlässt.¹¹⁰ Die Übertragung erfolgt dabei nicht auf einzelne natürliche oder juristische private Subjekte, sondern auf die privatrechtlich organisierte Gesellschaft insgesamt. Die vormals staatliche Herrschaftsmacht, finanzieller, rechtlicher oder faktischer Art, geht vollständig auf Private über. Der Bereich ist nicht mehr der öffentlichen Verwaltung zuzuordnen, die Grundsätze des Verwaltungsrechts nicht mehr anwendbar.¹¹¹

Bei einer materiellen Privatisierung des Strafvollzugs wäre der Staat nicht mehr für diesen verantwortlich. Er müsste keine Mittel mehr bereitstellen, um Personal und Anstalten zu unterhalten, wodurch sich eine erhebliche Kostenersparnis ergeben würde. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen privaten Anbietern, die nicht an das starre öffentliche Recht gebunden sind, könnte initiiert werden. Der Staat könnte sich vermehrt anderen Aufgaben widmen.

5) Zwischenergebnis

Nur die Funktionalprivatisierung und die materielle Privatisierung sind für den Strafvollzug relevant, weshalb im Folgenden lediglich auf diese Unterarten eingegangen wird.

110 *Scholz*, NJW 1997, 14 (15); *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 (418); *Landau*, Tagungsbericht 27. Triberger Symposium, 30 (33); *Meyer*, BewHi 2004, 272 (273); *Erbguth*, UPR 1995, 369 (370); *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 14 f.; *Gramm*, VerwArch 1999, 329 (331); *Jachmann/Strauß*, ZBR 1999, 289 (295); *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 199; *Schimpfhauser*, Das Gewaltmonopol des Staates, 118; *Kirchhof*, AöR 2007, 215 (225); *Reidt*, NVwZ 1998, 592 (592); *Tams*, NVwZ 2006, 1226 (1227); *Barisch*, Die Privatisierung im deutschen Strafvollzug, 23; *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (962 f.); *Peine*, DÖV 1997, 353 (354); *König*, DÖV 1999, 322 (324).

111 *Sterzel*, LBGS Gutachten, 15 f.; *Oehlerking*, Auslagerung von Funktionen der Justiz, 14 f.